

Relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Penal Interno

JAIME CAMACHO FLÓREZ*

RESUMEN

Entre las tipificaciones de delitos incluidas en el Código Penal Colombiano del 2000 aparece el genocidio y, dentro de un nuevo bien jurídico que agrupa cerca de 30 delitos, el homicidio en persona protegida por el Derecho Internacional Humanitario; estas figuras, por su estructura similar al homicidio agravado, generan significativas dificultades hermenéuticas y probatorias en su aplicación en el contexto del conflicto armado interno. Se justificó la necesidad de su creación en el cumplimiento de compromisos derivados de Convenios Internacionales y en la mayor lesividad de las conductas. A partir de la confrontación entre las dificultades, las razones de política criminal argüidas y las relaciones entre los Derechos Internacional e Interno, se cuestionan los fundamentos de esos delitos hasta proponer que no son necesarios, sólo crean problemas y nada positivo agregan a la represión penal.

PALABRAS CLAVE

Genocidio, homicidio, persona protegida, derecho internacional, derecho interno.

ABSTRACT

Among the crime typifications included in the new Colombian Penal Code of 2000 appears genocide and, among a new legal good that gathers nearly 30 crimes, homicide in protected person by the International Humanitarian Law, figures that because of their similar structure to the aggravated homicide

* Ex fiscal delegado ante la Corte Suprema de Justicia.

generate serious hermeneutic and proving difficulties in their application, in the context of the domestic armed conflict. The necessity of their creation was justified by the accomplishment of the compromises derived from International Covenants and by the greater damage of such behaviour. By confronting the difficulties, the argued reasons of criminal policy and the relations between International and domestic Law, the foundations of such crimes are contested to the extend of proposing that these are not necessary, they just generate problems and they add nothing positive to penal repression.

INDEX TERMS

Genocide, homicide, international law, domestic law.

INTRODUCCIÓN

La específica inquietud por el tema surge a raíz de las lecciones de Derecho Penal Especial que desde hace varios años imparto en las Universidades Santo Tomás y Rosario y que obviamente se enriquecieron con la expedición del Código Penal del 2000, cuando por natural obligación académica es preciso referirse a las comparaciones entre la precedente y la nueva legislación.

Precisamente, los programas, según las distribuciones normales, solían ocuparse de manera preponderante de los delitos contra la vida y la integridad personal, por ser el bien jurídico valorado como de mayor entidad y necesidad de protección en un Estado de Derecho, en un desarrollo lógico que comenzaba por el homicidio en sus diversas formas, las lesiones personales, el aborto y el abandono de personas.

Cuando entró en vigencia en Colombia el Código Penal del 2000, esa secuencia se vio notoriamente alterada. El examen del bien jurídico tutelado se amplió notoriamente porque se involucraron muchas nuevas figuras como el genocidio, la manipulación genética, la clonación, entre otros.

Y cuando el desarrollo del programa continúa, a propósito del homicidio y la protección penal

de la vida, surge primero, dentro del mismo bien jurídico, el delito de genocidio; pero también aparece el nuevo delito de homicidio en persona internacionalmente protegida en otro título, amparándose así otro bien jurídico.

Entonces, a los problemas tradicionales generados por el homicidio, se suman unos nuevos creados por la reciente legislación.

En concreto y ya desde el principio, siempre que nos encontremos frente a una víctima muerta como consecuencia de la acción dolosa de un sujeto activo, la concurrencia simultánea de posibilidades obliga a una definición de tipicidad objetiva, que antes de la vigencia del Código del 2000 no se planteaba. Era siempre homicidio y a partir de esa inequívoca tipificación objetiva comenzaban las alternativas posibles (simple, agravado, preterintencional, en estado de ira, especial, justificado, inculpable, etc.). Ahora, y probablemente antes, o al menos simultáneamente, deberá determinarse, de entre al menos tres opciones concurrentes, en cuál encaja el comportamiento, si en el tipo penal que describe el genocidio, en el homicidio común simple o agravado, en el homicidio en persona internacionalmente protegida, y si hay concurrencia real entre ellos o es aparente.

A poco que se entre en el análisis, son muy grandes y significativas las dificultades, dado que las conductas son en esencia idénticas, “ocasionar la muerte de una persona”, y las diferencias están dadas por ingredientes subjetivos como en el genocidio y en algunas de las agravaciones del homicidio, o por normativos como los del homicidio en persona internacionalmente protegida y en otras de las causales que agravan el homicidio.

La simple academia, así, genera el primer llamado de atención: los problemas de antes y de siempre, alrededor de los cuales giró el programa de “Derecho Penal Especial”, se vieron ampliamente desbordados por unos nuevos y adicionales que han de ser resueltos primero, consistentes todos nada menos que en la ubicación típica de los comportamientos, antes indiscutible y uniforme, siempre homicidios, ahora abiertos en principio a tres opciones que en todo caso serán siempre, y al menos en apariencia, concurrentes: genocidio, homicidio simple o agravado y homicidio en persona internacionalmente protegida.

Adicionalmente los aquí definidos como nuevos problemas no responden a reacciones de la legislación a su solución dogmática o práctica, como suele ocurrir con frecuencia, por ejemplo con la inclusión del compañero o compañera permanente en la primera causal del homicidio agravado, a través de la cual se logró llenar un vacío evidente de legislación ampliamente detectado por doctrina y jurisprudencia y actualizar el tipo penal tanto en función de una realidad constitucional posterior al Código Penal de 1980, como de una realidad social también evidente, el creciente número de uniones de hecho (no conyugales). Sobre los nuevos problemas creados, no existe una tradición dogmático-penal. Habrá entonces que comenzar de cero a construirse su solución, que será lenta y plagada de dificultades, hasta lograr un mínimo de unificación jurisprudencial por las vías normales de la casa-

ción, o por la de la interpretación del contenido de derechos fundamentales que se supone ahora es uno de los fines de la acción de tutela. Mientras tanto, abundarán las definiciones empíricas, las diferencias de criterios, los errores; en fin, las posibles arbitrariedades.

Ahora bien, el asunto podría quedar en la asunción de los problemas creados y la construcción dogmática de sus soluciones, en el entendido de que se produjo una nueva legislación; y siempre que hay tránsito de leyes, surgen problemas, especialmente cuando se criminalizan nuevos comportamientos o mutan o evolucionan elementos de los tipos penales, y dejar la creación misma a las que suelen denominarse “razones de política criminal”, propias del legislador, pero externas a la construcción dogmática que las utiliza apenas como “insumo” de conocimiento, acaso como referentes hermenéuticos. De hecho, así habrá de procederse necesariamente porque en fin de cuentas y en efecto se trata de normas jurídicas vigentes que reclaman su aplicación a los casos concretos.

Y en cuanto tiene que ver con las “razones de política criminal” subyacentes, se advierte en la reciente historia legislativa y respecto de ciertos temas un cierto unanimismo que se refleja en la ausencia de discusión real o de voces discordantes, en cuanto a la detección de la necesidad de criminalizar con autonomía, tanto el crimen de genocidio como el homicidio en persona internacionalmente protegida, este último junto con muchas, muchísimas, otras conductas señaladas como graves atentados al Derecho Internacional Humanitario. En realidad, casi todos los debates conocidos partieron del presupuesto indiscutido de la necesidad de criminalizar y se centraron en el contenido de los tipos penales que habrían de crearse.

Por otra parte, las nuevas tipificaciones parecerían inscribirse en una manifestación más de la

globalización, si se originan en verdad en normas del Derecho Internacional. Sobre las relaciones entre este Derecho y el interno son abundantes los debates, las posiciones se han delinado con claridad y existen en Colombia reglas constitucionales, interpretadas muchas veces por la Corte Constitucional.

Sin embargo, cuando se trata de criminalizar comportamientos, existen pocas reflexiones críticas conocidas alrededor de esas mismas relaciones entre los Derechos Internacional y Penal Interno.

Limitado por ahora a dos delitos, el de genocidio (art. 101) y el homicidio en persona protegida (art. 135), pero bajo el entendido de que es necesario continuar con todos los demás creados por el Código Penal del 2000, se presentan entonces algunas reflexiones originadas en la cátedra universitaria, en el marco de un debate cada vez más necesario sobre el papel real del Derecho Penal en la sociedad contemporánea.

1. NECESIDAD DE CRIMINALIZAR CONDUCTAS

En las siempre conflictivas relaciones entre política criminal y derecho penal, e independientemente de la gran carga ideológica que supone todo debate a su alrededor, en el estado actual de esas relaciones parecería que existen al menos unos puntos mínimos de contacto, ajenos ya a la discusión en el marco del Estado social de derecho, y se refieren justamente a responder la pregunta central: ¿cuándo es necesaria la criminalización de una conducta? Los puntos mínimos de contacto en principio serían:

1.1 Atipicidad

Se debe criminalizar una conducta cuando ésta se generaliza en su práctica o se torna frecuente, causa daño real o potencial a bienes jurídicos

relevantes, y el ordenamiento penal vigente no suministra una respuesta, porque se trata de una conducta atípica. Entonces, cualquiera entiende la necesidad de su criminalización. Ejemplos que van desde los menos a los más discutibles y en abundancia nos suministra el Código Penal vigente. De entre ellos, para ilustrar, mencionemos algunos, que responden inequívocamente a este esquema:

1.1.1 Acceso abusivo a sistema informático.

El delito de acceso abusivo a sistema informático: es evidente. 1) La conducta, respecto de la legislación precedente, en sí misma, es atípica. No existía tipo penal que la describiese, de manera que quedaría siempre impune, o ligada su represión penal a eventualidades externas a la conducta misma, como cuando es medio fraudulento de estafa, por ejemplo. 2) Una percepción, más o menos válida sobre su generalización, o al menos la frecuencia en las prácticas sociales. 3) El daño que la conducta ocasiona a bienes jurídicos relevantes, sin duda vulnera la intimidad y la reserva de las comunicaciones.

Sobre estos extremos básicos parece no haber discusión respecto del delito creado, en cuanto responde a unas “razones de política criminal” evidentes, así no se involucre como elemento de debate el de la ausencia de mejores alternativas, propias de una consideración de “*ultima ratio*” o, en otros términos, la criminalización resultaría discutible por este último aspecto, mas no por los tres primeros.

1.1.2 Manipulación genética.

El delito de manipulación genética: aquí ya no son tan evidentes aquellas razones de política criminal, salvo la primera: 1) ciertamente, antes del Código vigente, es conducta penalmente atípica. 2) La generalización de la conducta en la práctica social, o cuando menos la frecuencia de su realización, son ya percepciones que no parecen coincidir con la realidad actual, o son cuando menos dis-

cutibles y, sin embargo, en principio, se podría resolver la necesidad de criminalización por las vías propias de la prevención. 3) el daño a bien jurídico relevante, desde luego que intensamente discutible y discutido. Acaso se dirá por algunos que en realidad poco discutido, pero queda finalmente resuelto de *lege data*. El legislador colombiano zanjó el asunto asumiendo que existe una real vulneración.

1.2 Insuficiente criminalización

Se daría cuando, no obstante la existencia de tipo penal preexistente, se advierte la necesidad de actualizarlo o regular de mejor manera sus elementos. Ejemplos: hurto de energía, delito de agente retenedor.

1.3 Insuficiente punibilidad

Cuando se requiere distinguir alguna hipótesis de otra para asignar a ésta una mayor pena. La técnica indicada y que se suele utilizar es la de agravaciones.

No existe realmente ninguna otra razón, al menos de acuerdo con los discursos político-criminal actuales.

2. APLICACIÓN DE LOS CRITERIOS PRECEDENTES

Respecto de los delitos de que se ocupa este trabajo, salta a la vista un evidente obstáculo, porque se trata de fenómenos respecto de los cuales hay una gran sensibilización, la misma que puede dar lugar a que cualquier voz discordante pueda ser interpretada ideológicamente y quizá la misma que subyace en la ausencia de discusión previa.

Como se trata de temas muy sensibles y cargados de ideología, entonces parece preferible asumirlos con presupuestos dados, que termi-

nan en indiscutibles. Porque son fenómenos graves y actuales, entonces automáticamente, sin discusión, asumimos que la ley penal debe, fatal y necesariamente, también asumirlos con especificidad típica, independientemente de los criterios que atrás quedaron expuestos.

3. GENOCIDIO

Creado por la Ley 589 del 2000, con variantes menores en su tipificación, se mantiene en el Código Penal aprobado ese mismo año.

Respecto del genocidio, nadie seriamente duda de su gravedad, de su carácter de delito internacional, de la lesión irreparable al bien jurídico tutelado, de su ingreso a la órbita de jurisdicciones transnacionales, de su carácter de lesa humanidad.

Mas frente a la legislación colombiana tampoco existen dudas sobre su permanente tipicidad penal, cuando de dar muerte a otra persona se trata, siempre bajo el nombre de homicidio y, aunque dependiese de cada caso concreto, generalmente cubierto por una o varias causales de agravación.

Y de manera igualmente tradicional, el delito de homicidio agravado ha tenido siempre, en nuestros códigos, la pena más alta, la pena límite de todo el ordenamiento jurídico.

Entonces, la criminalización autónoma del genocidio no responde a la necesidad de criminalizar una conducta que antes fuese atípica y que quedase en consecuencia impune por esa razón.

Pero tampoco por insuficiencia en la criminalización porque siendo en todo caso homicidios, generalmente agravados, les correspondería siempre e inequívocamente la pena más alta, la más intensa de cuantas tiene previstas el orden jurídico. Y si finalmente se tratase del temor de la ausencia de causales de agravación o de evitar que la intensidad de represión quedase dependiendo

de su presencia o ausencia, la respuesta dogmática adecuada será siempre la de la creación de agravante, no la de la tipificación autónoma, como por lo demás se ha hecho con los fines terroristas, por citar tan sólo un ejemplo.

3.1 Derecho interno derecho internacional

Como se desarrolla en seguida, la reciente legislación penal colombiana parece justificar la creación de tipos penales específicos en una especie de tributo al Derecho Internacional, bajo la reflexión básica según la cual se trata de algo así como de “*poner a tono*” la legislación interna con la internacional o, a veces con más énfasis, en la exigencia de “*cumplir con compromisos internacionales*”.

Esta línea de argumentación, ya muy arraigada y poco menos que fuera de discusión, sin embargo, debe ser examinada con más atención.

En primer lugar, una simple observación cronológica, de bulto respecto del delito examinado, el genocidio, pero que se extiende sin duda al homicidio en persona internacionalmente protegida.

Colombia forma parte de la Convención Contra el Genocidio desde 1959, de modo que en su legislación interna existe desde ese año.

Y en verdad es difícil sostener que desde ese año hasta el 2000 Colombia venía sistemática y permanentemente incumpliendo con un compromiso de Derecho Internacional, porque nunca creó el delito de genocidio ni sería correcto afirmar que además fue país reacio explícitamente a cumplirlo, cuando pudo “*poner a tono*” su legislación interna con la internacional a propósito de la expedición del Código Penal de 1980, actitud consciente, además, que habrían asumido la totalidad de las comisiones redactoras y revisoras que le antecedieron.

Y en el plano internacional tampoco funciona un argumento que suele ahora emplearse a la manera de “caballito de batalla”: la constitucionalización reciente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos a partir de la Carta de 1991, como si antes de ella los compromisos asumidos por Colombia de cara a la comunidad de naciones no existiesen o fuesen menos “comprometedores”, o como si los derechos humanos y su respeto sólo naciesen a la vida jurídica nacional con la Constitución de 1991, no antes.

La verdad es otra. Independientemente de los debates y los profusos desarrollos teóricos actuales, lo cierto es que los Derechos Humanos fundamentales, con énfasis en los de primera generación y sus declaraciones jurídicas vinculantes en el plano del Derecho Internacional preexisten a la Constitución de 1991, y la de 1886 jamás fue obstáculo (no podía serlo seriamente) para su realización y exigencia de cumplimiento por los Estados, por Colombia en particular, de un lado, y, de otro, tampoco impuso limitaciones al Estado para configurar su legislación penal interna.

Y frente al tema que aquí se trata, aún puede irse más atrás: la protección de la vida humana en cuanto bien jurídico penalmente tutelado y constitucionalmente consagrado preexiste a toda declaración o instrumento de Derecho Internacional y, por eso, su vulneración ha sido siempre en nuestros Códigos Penales delito y, en los más recientes, al menos desde 1936 hasta ahora, el delito con mayor pena, con la pena tope del ordenamiento jurídico (la Ley 40 de 1993 relativiza esta última afirmación, en cuanto equiparó el tope punitivo del homicidio agravado con el del secuestro extorsivo agravado).

Es decir, nada hay de nuevo a pesar del gran avance que se le quiera asignar a la “constitucionalización” de los Derechos Humanos de primera generación, o al ahora desarrollado “bloqueo

de constitucionalidad", respecto de la protección debida por el Estado de Derecho a la vida humana de ataques directos que la supriman.

Y por otra parte, para entender la necesidad de intensa protección del derecho a la vida humana tampoco se requiere ahora, como no se requirió nunca, que previamente se pusiese en vigencia algún instrumento de Derecho Internacional como condición necesaria ni contingente.

Es exactamente lo que ocurre con el genocidio. Las exigencias de su represión penal, que son evidentes, para nada dependen ni se interfieren con instrumentos de Derecho Internacional, porque se trata siempre y desde antes de la protección del derecho a la vida en cuanto Derecho Humano fundamental de primera generación. Por eso, no es dable extraer de la "Convención Internacional sobre Genocidio" compromisos diversos de los que ella contiene: en primer y fundamental lugar, la obligación que asume el Estado de jamás incurrir en esas prácticas.

Desde luego, se dirá que una de las consecuencias obligadas, directa o indirecta, derivada de la Convención es reprimir el genocidio, con mayor razón ahora que tanto se habla de sanciones proporcionales a la gravedad de los delitos, además porque desde el artículo 1º de la Ley 28 de 1959, las partes contratantes *"confirman que el genocidio, ya sea cometido en tiempo de paz o en tiempo de guerra, es un delito de derecho internacional que ellas se comprometen a prevenir y sancionar"*.

Sin embargo, la manera específica que asuma esa represión en cada Estado era y sigue siendo de su resorte interno, es parte del ejercicio de su soberanía y será tan variable como diversos sean los ordenamientos jurídicos. En algunos, se llamará genocidio; en otros, no; podrá dársele la denominación de asesinato o el de homicidio en primer grado o el de simplemente homicidio

o el de homicidio agravado; en fin, NO se requiere ni ningún Estado se obligó a CREAR un delito que tenga ese nombre, so pena de señalarlo como contumaz en el cumplimiento de compromisos internacionales.

Y desde el punto de vista de su adecuada represión, tampoco se advierte un determinado compromiso derivado de la Convención: en algunos Estados habrá pena de muerte, y en otros no; se tendrá prevista cadena perpetua, y en otros no; los topes máximos variarán de Estado a Estado. En fin, se trata de asuntos de estricta soberanía y así se sigue reconociendo.

En últimas, entonces, y para concluir este apartado, ningún instrumento de Derecho Internacional ni regla Constitucional alguna interna, directa ni indirectamente, obligaban al legislador colombiano a crear el delito de genocidio con tipificación autónoma.

3.2 Delitos de genocidio interno e internacional

Pero, adicionalmente y respecto del genocidio, el argumento de *"poner a tono"* la legislación interna con la internacional, o el de *"ponerse al día"* en el cumplimiento de compromisos internacionales, desde luego que no se cumple ni siquiera en el planteamiento teórico. Ello es evidente y así quedó claro en los debates previos a la creación del delito, por lo menos en cuanto a la sanción y a la tipificación.

3.2.1 La sanción. Este aspecto es abiertamente contradictorio en el Código Penal, porque si de cumplir "recomendaciones" se trata, en función de algunos estándares internacionales visibles respecto de ese delito, entonces se diría que en Colombia debió preverse pena de muerte, como la que impuso el Tribunal de Nüremberg, o cuando menos cadena perpetua, como la tienen prevista las normas que regulan el Tribunal Penal

Internacional, además de la imprescriptibilidad de la acción y de la pena. Estas opciones sí que justificarían la criminalización autónoma, para poderla diferenciar nítidamente del homicidio.

Sin embargo, el propio legislador, a la vez que argumentó la necesidad de crear el delito en la “puesta a tono” con el Derecho Internacional, en seguida rebajó el límite máximo de pena de 60 a 40 años de prisión, fundado en argumentos de razonabilidad y dignidad, bajo el entendido de que el primero, el de 60 años, atenta contra estos dos atributos; luego sin la menor duda y con mayor intensidad, se verían ampliamente menoscabados por una hipotética pena de muerte o de cadena perpetua, a la vez que con el establecimiento de alguna acción o pena imprescriptible. Es decir, por este aspecto, y en contra de los muy arraigados fundamentos propios de Derecho Constitucional interno y del Derecho Penal local, que proscriben esas sanciones, se diría aún que se desconocen “*compromisos internacionales*” sobre sanción adecuada a la gravedad del delito. Siguiendo esa línea argumentativa hasta sus últimas consecuencias, llegaría a la conclusión de que Colombia, no obstante la autónoma criminalización del comportamiento genocida, sigue incumpliendo compromisos derivados del Derecho Internacional.

En verdad, el delito de genocidio colombiano ofrece una situación paradójica en el plano de la sanción privativa de la libertad frente a parámetros internacionales y a los discursos sobre su mayor lesividad. La Ley 589 de 2000, por medio de la cual se tipificó originariamente, le asignó pena de prisión entre 45 y 60 años; esta pena fue rebajada inmediatamente por el mismo legislador en el Código Penal a través de la Ley 599 del mismo año, de 30 a 40 años de prisión. Es decir, creado el delito por una ley, con una determinada sanción, de inmediato se la rebajó por otra ley expedida el mismo año por el mismo Congreso.

Queda así en evidencia la fragilidad de las “razones de política criminal” fundadas en el Derecho Internacional para la creación del autónomo tipo penal de genocidio consistente en quitar la vida a un grupo de personas, conducta que configuró homicidio (en concurso), generalmente agravado y sancionado con la pena más drástica existente, según la Constitución Política, con lo cual se satisfacían plenamente todos los principios del Derecho Penal y se cumplían los compromisos de cara a la comunidad internacional, sin menoscabo de las históricas y ampliamente reconocidas proscricciones de sanciones irredimibles.

3.2.2 La tipificación. Parcialmente diversa de la descripción prevista por el Derecho Internacional y que se refleja inequívocamente en la inclusión en la norma interna de un género de sujetos pasivos cualificados que no solamente está ausente en la regla internacional, sino que además fue explícita, consciente y razonadamente excluido de ella: los pertenecientes a grupos políticos, exclusión en su momento fundada exactamente en las dificultades que ya se avizoran en la aplicación concreta de la norma interna.

En efecto, es ya difícil otorgar contenido inequívoco a las expresiones “*grupo nacional, étnico, racial y religioso*”, pero en fin de cuentas se trata de categorías antropológicas o sociológicas reductibles, susceptibles de ser interpretadas unívocamente. Y, finalmente, la comunidad internacional logró un acuerdo al respecto.

Pero también llegó al acuerdo de la imposibilidad de incluir en la norma internacional a los grupos políticos, no obstante propuestas que en ese sentido se formularon cuando se discutía la norma internacional, y por eso se prefirió la exclusión.

Por lo pronto, entonces, y frente al argumento, si en verdad se hubiese tratado de “poner a tono”, o de “cumplir compromisos” frente al

Derecho Internacional, tan solo se hubiese reproducido, sin modificaciones ni adiciones, la definición internacional. Y la adición de los grupos políticos definitivamente ya no forma parte de ninguna “puesta a tono”, ni del cumplimiento de “compromiso” alguno frente a la comunidad internacional.

Se trata, sin la menor duda, de una adición que se origina exclusivamente en el nivel del Derecho Interno, contraria al Internacional, y que se explica igualmente sólo por razones internas.

3.2.3 Argumentos de realidad social. No cabe la menor duda, el fenómeno concreto que permeó todo el debate sobre la criminalización del genocidio, y que ninguna relación tiene en verdad con el crimen internacional de genocidio, posee nombre propio: la Unión Patriótica.

Entonces, los argumentos comunes utilizados se tornan marginales porque en el fondo no se trataba, ni siquiera en el debate, de criminalizar específicamente el delito de genocidio en términos de delito internacional que pudiese recaer sobre grupos nacionales, étnicos, raciales ni religiosos, sino de encubrir con aquellos argumentos la intención real, la verdadera “razón de política criminal” subyacente: la represión del exterminio de grupos políticos, porque esa sí es (o fue) una realidad presente y dramática en Colombia. Sin embargo, en este plano, tampoco parece salir muy adelante la fundamentación, al menos no la que se suele emplear.

En efecto, la primera observación parece obvia, en relación con los criterios político-criminales anunciados antes, y consiste en preguntarnos si es en verdad necesaria la creación de un específico delito, cualquiera que sea su nombre, para reprimir el fenómeno de que se trata.

Entonces, la observación pasa por definir si antes de que se cree el delito era la conducta atípica,

o si estaba inadecuadamente reprimida.

Lo primero, por supuesto que era típica. Era, sin lugar a la menor duda, delito de homicidio, y además siempre agravado, por lo menos desde la generación de listas de sujetos pasivos cualificados (quizá la primera lista la introdujo el Decreto 180 de 1988, entre otros: candidato, dirigente político, dirigente de comité cívico o sindical, dirigente de organización sindical. En el Código vigente subsiste e incluye a los dirigentes sindical y político, núm. 10, art. 104).

Y lo segundo no puede prosperar. Desde luego que la pena no podía ser sino la adecuada, sencillamente porque era y fue siempre la más alta prevista en el ordenamiento jurídico. Simple y llanamente no podía, como no puede serlo tampoco ahora, superior al límite absoluto del Código, cualquiera que éste sea en la sucesión de normas: los 24 años del Código Penal de 1936, los 30 del de 1980, los 60 de la Ley 40 de 1993, los 40 del Código del 2000 o los 50 de la Ley 890 de 2004 que se aumentan en 10 más para el concurso. En ningún caso, por grave que se perciban las diferentes conductas, estos límites se pueden sobrepasar.

Y como tampoco existen, ni parecería dable establecer regímenes carcelarios que en la práctica diferenciasen la ejecución de penas impuestas por homicidio agravado y por genocidio, haciendo ésta más intensa o más dolorosa, en resumen se dirá que por este aspecto tampoco el argumento de realidad tiene éxito en fundamentar la necesidad de creación del delito si, en últimas, cualquiera que sea el nombre, genocidio u homicidio agravado, la represión será cuantitativa y cualitativamente la misma.

3.2.4 La Sanción. mínimos, máximos y prescripción. Es del todo claro que toda la exposición precedente está orientada a discutir los argumentos en los que se fundamentaron las “ra-

zonas de política criminal” que dieron lugar a la creación en la legislación interna de los tipos penales autónomos de genocidio y de homicidio en persona internacionalmente protegida y sostener, por el contrario, que no era necesaria su tipificación, porque ya estaban tipificadas aunque con otro nombre, de un lado, y, de otro, porque la represión legal existente era la adecuada.

Entonces, es preciso advertir que, acaso para salvar estas objeciones, el legislador optó por aumentar la pena mínima en 5 años de prisión para el genocidio y el homicidio en persona protegida, en relación con el homicidio agravado por una parte y, por otra, a la prescripción de la acción penal general, cuyo máximo lo estableció en 20 años, para aquellos delitos le adicionó 10 años. Por supuesto, en términos de valoración, si estas dos diferencias alcanzan para explicar con suficiencia las nuevas criminalizaciones, se habrá justificado su creación.

Sin embargo, nuevamente se confrontan el Derecho Internacional y el Derecho Interno, de manera que, según se mire el asunto, se puede llegar a percepciones totalmente opuestas. Veamos.

Si se atiende en su integridad al régimen general internacional de los delitos de genocidio y los más graves delitos de lesa humanidad, muy pronto se llega a concluir, respecto de la pena, que ésta debería ser la cadena perpetua, de manera que podría sostenerse entonces que un tope máximo de 40 ó 50 años de prisión estaría por debajo de los estándares internacionales y entonces Colombia estaría incumpliendo los convenios. Por esta vía se diría, otra vez, que existe la necesidad de “*poner a tono*” la legislación interna con la internacional, pero ahora pasando por una reforma constitucional que remueva el obstáculo que al respecto existe, llevando por delante además una muy larga tradición de proscripción de esa clase de sanción que, de otro lado y con otros discursos, se la considera contraria al Estado social y democrático de derecho, porque afecta la dignidad humana.

Otro tanto ocurre respecto de la prescripción de la acción y de la pena que, si de atenernos a los estándares del Derecho Internacional actuales, supondría acciones y penas imprescriptibles para el genocidio y los más graves crímenes de guerra o de lesa humanidad, de modo tal que no sería suficiente para cumplirlos el aumento previsto en la legislación colombiana interna. Entonces se diría que aún hace falta más para “ponernos a tono” con el Derecho Internacional, también pasando por remover el obstáculo constitucional.

La alternativa, que se propone aquí como la más correcta, es que el Derecho Internacional NO obligue a su reproducción en las legislaciones internas, ni altera radicalmente los ámbitos de soberanías nacionales en materia de configuración del Derecho Penal Interno y los regímenes de pena que cada Estado decida instaurar.

En estos términos, si la comunidad internacional o los tribunales internacionales o en los convenios o tratados se opta por un determinado régimen de penas, por ejemplo cadena perpetua e imprescriptibilidad de acciones y penas, esas son decisiones que se toman en ese ámbito, el del Derecho Internacional, pero no obligan, ni siquiera como recomendaciones a los Estados, que conservan su soberanía y la libertad de configurar su derecho interno como a bien tengan. Por eso, es posible, sin que signifique ningún incumplimiento, que en Colombia la prescripción se regule por el derecho interno según la tradición que prohíbe acciones y penas imprescriptibles, a la vez que el lapso máximo se prevé para los delitos valorados como más graves.

Por eso, a pesar de que por ejemplo la Convención Contra el Genocidio data de 1959, nunca se dijo que Colombia, por establecer una pena máxima privativa de libertad de 24, de 30, de 60 ó de 40 años para el homicidio agravado en lugar de cadena perpetua, entonces estuvo incumpliendo obligaciones de derecho interna-

cional respecto de aquel delito, como tampoco respecto del Derecho Internacional Humanitario en cuanto al homicidio en persona protegida. Bastó siempre aquel límite para entenderlas cumplidas, al menos en el nivel legislativo.

Sin embargo, quedan dos áreas por cubrir.

3.2.5 Mayor lesividad-pena. Aunque cuando se trata de la protección a la vida, no parece fácil establecer diferencias en su protección que impliquen discriminaciones francamente inaceptables o cuando menos odiosas, ha de aceptarse que las diferencias suelen establecerse en función de la mayor lesividad de la conducta. Es como ocurre con todas las causales de agravación del homicidio, que implican necesariamente una mayor intensidad de reproche respecto del homicidio simplemente voluntario.

Incluso sobre discriminaciones odiosas, se suele mencionar la agravante del numeral 10 del art. 104 el Código Penal vigente, cuando el homicidio recae en persona que sea o haya sido servidor público, periodista, juez de paz, dirigente sindical, político o religioso. Y sin embargo, se mantiene la diferenciación por “razones de política criminal”.

Pues bien, tanto respecto del genocidio como del homicidio en persona protegida, aunque ya con niveles de discutibilidad sobre su fundamento, podría valer el argumento de la mayor lesividad, comparada con un homicidio común agravado. Por esa vía, podría justificarse una mayor intensidad de reproche reflejado en una pena cualitativamente diversa de la que se asigne a este delito en su modalidad agravada, con lo cual sin duda habría que crear un delito o tipo penal autónomo claramente diferenciado, o una pena cuantitativamente superior, sólo que aquí ya no parece clara la justificación de un delito o tipo autónomo, sino de una agravante.

Pero como está visto que no es posible, al menos en el marco del actual orden jurídico, imponer

pena cualitativamente diversa (supondría pena de muerte o cadena perpetua), ni superior al límite absoluto del Código Penal (40 años de prisión al momento de escribir estas líneas, 50 años a partir de 2005 para los delitos individuales y 60 años cuando hay concurso), entonces, por lo pronto, la diferenciación no se justifica por el lado del máximo punitivo que se mantendrá igual, trátase de genocidio, homicidio agravado u homicidio en persona protegida.

La diferencia, entonces, y de acuerdo con la legislación vigente al momento de escribir estas líneas, se realiza en el mínimo, con una diferencia de 5 años de más para el genocidio y el homicidio en persona protegida (de 30 a 40 años de prisión para estos delitos, de 25 a 40 para el homicidio agravado), en la multa que no se prevé para el homicidio agravado y sí para el genocidio y el homicidio en persona protegida, y en la interdicción (en el genocidio) o inhabilitación (para el homicidio en persona protegida) que en realidad no constituye diferencia sustancial. Estas diferencias proporcionales en los mínimos de pena de prisión se mantienen, aun cuando con los números modificados a partir de la vigencia de la Ley 890 de 2004, de manera que el homicidio agravado queda de 33,3 a 50 años de prisión, mientras que la de los delitos de genocidio y homicidio en persona protegida es de 40 a 50 años de prisión, con un límite superior eventual incrementado, para todos ellos, de 60 años en caso de concurso de delitos.

Pues bien, si esas diferencias, especialmente la única que en verdad tendría importancia práctica, la de los 5 años en los mínimos de pena privativa de la libertad en la legislación vigente, o de 6,6 años a partir de la Ley 890 de 2004, alcanzan a justificar político-criminalmente la creación de los delitos autónomos, este escrito carecería de sentido. De hecho algunos datos de historia legislativa apuntan a demostrar que el aumento del mínimo se estableció precisa y úni-

camente para salvar objeciones como las aquí formuladas.

Así, aun con lo discutible que resultaría, siempre se dirá que la mayor lesividad queda reflejada en la mayor pena.

3.2.6 Tipicidad inequívoca o definición ideológica. El debate aquí propuesto podría considerarse inútil o, cuando menos, superado por la realidad normativa, si se constata que en fin de cuentas se trata de normas vigentes que deben ser aplicadas.

Derivaría la cuestión hacia la interpretación de los contenidos típicos en función de los casos concretos, labor que sin duda ha de emprenderse en los niveles doctrinal y jurisprudencial, hasta lograr el mínimo de univocidad hermenéutica que el principio de tipicidad reclama en el Estado social de derecho.

Es decir, aun aceptando que en verdad las tipificaciones no eran necesarias, de todas maneras se pusieron en vigencia, y ya sea que se considere que no sobran, o que sí eran indispensables, entonces la cuestión se traslada al ámbito de la interpretación.

3.2.7 Algunos problemas dogmáticos

3.2.7.1 Ingrediente subjetivo. Finalidad típica: supresión de grupo político. Al margen de la sutileza dogmática sobre la naturaleza y ubicación de los conocidos como ingredientes subjetivos en la estructura del delito, siempre se ha reconocido la dificultad que encarnan no solamente en el nivel de su configuración dogmática, sino principalmente en el ámbito de la prueba.

Entonces, viene una primera observación: si en la legislación precedente la conducta era en todo caso típica, homicidio agravado, con la pena más

alta del ordenamiento jurídico, la represión de la conducta y, por lo tanto, la protección al bien jurídico quedaba satisfecha sin necesidad de la demostración de ingrediente subjetivo alguno. Basta con constatar objetivamente la presencia del hecho, ocasionar la muerte de una persona, y de la causal de agravación, para tener en principio resuelto el tema de la tipificación objetiva.

Sin duda, es ahora necesario agregar la necesidad de configurar en el caso concreto, en el plano de la tipicidad, la presencia o ausencia del ingrediente subjetivo, porque de ello dependerá la correcta ubicación típica en el delito de genocidio o en el de homicidio, con todas las posibilidades de error, controversia, alternativas de competencia y hasta de jurisdicción, debates, cambios probatorios, nulidades, modificaciones en la calificación, etc., contingencias nuevas que no se presentaban con el Código anterior.

Y si se agregan dificultades que con mucha probabilidad se presentarán, como por ejemplo la coincidencia entre uno o varios sujetos pasivos cualificados para el homicidio agravado (dirigentes políticos, digamos), pero a la vez se trate de una persona protegida por el Derecho Internacional Humanitario, pero simultáneamente se insinúe que en la conducta estuvo presente el ingrediente subjetivo propio del genocidio, en verdad que el reto que enfrenta la jurisdicción, obligada a no errar, es muy significativo.

3.2.7.2 Sujeto pasivo cualificado. Es más complejo de lo que aparenta, porque se trata de una cualificación que, por muchos esfuerzos que se hagan, no es objetiva ni podrá serlo.

La pregunta es bien simple: ¿hay genocidio cuando se suprime la vida de miembros de un grupo político? Es preciso, entonces, interpretar qué es grupo político: ¿es ingrediente normativo? Sin duda.

¿Pero es ingrediente normativo jurídico? Jurídico penal no es, porque no existe ninguna norma positiva de este ordenamiento que defina o le dé contenido a esa expresión.

¿Será entonces jurídico extrapenal, a la manera de un tipo penal en blanco, de aquellos que se llenan con normas o estatutos especializados? Si la respuesta fuese positiva, cuál(es) sería(n) esa(s) norma(s) o estatuto(s)?

Podría por ejemplo recurrirse a las regulaciones sobre partidos y grupos políticos, con lo cual se tendría un claro referente objetivo. Serían grupos políticos aquellos que gocen de reconocimiento por la autoridad electoral y tengan personería jurídica, de manera que el delito de genocidio solamente sería predicable respecto de ellos. Pero esta interpretación, válida desde la perspectiva de la ortodoxia dogmática, parecería dejar por fuera de la cobertura querida por el legislador a grupos identificados o identificables por elementos de comunidad ideológica, pero que por cualquier razón no quieren o no pueden alcanzar reconocimiento como tal por parte de las autoridades estatales encargadas, por ejemplo, porque no alcanzaron el caudal electoral requerido.

O podría acaso el intérprete valerse de normas especiales, como por ejemplo la conocida como Ley de Orden Público, que ocasionalmente, como ocurrió recientemente, facultó al poder ejecutivo a otorgar “estatus político” a los grupos armados que manifestasen su decisión de establecer negociaciones con el gobierno, y por esa vía incluirlos en el ámbito de los grupos políticos potenciales víctimas de genocidio. Sin embargo, la validez de este criterio, más allá de su discutibilidad, cae ante la contingencia de aquella ley, que ha sido generalmente de vigencia transitoria, modificada cada cierto tiempo. De hecho, al momento de escribir estas líneas, para establecer negociaciones de paz ya no se re-

quiere de ningún tipo de reconocimiento formal previo por parte del gobierno.

La otra alternativa es asignar a la cualificación del sujeto pasivo el carácter de ingrediente normativo extrajurídico, con lo cual se propicia un ámbito de valoración amplio y más o menos discrecional para el intérprete.

Pero en esta opción, desde su base, está en juego el principio de tipicidad estricta, dada la posibilidad, al menos inicial y por mucho tiempo, de contenidos diversos según el intérprete y por mucho que se aspire a una unificación jurisprudencial, la adaptación de tal unificación a los casos concretos será siempre azarosa.

Al respecto, ha de reconocerse que actualmente el tema es de gran preocupación en la Fiscalía General de la Nación que está intentando unificar su hermenéutica, sobre la base de la construcción de elementos objetivos verificables, como la identidad ideológica, las pretensiones de adquirir poder político, la necesidad de estructuras orgánicas reconocibles, la permanencia en el tiempo, entre otros.

Justamente a partir de estos encomiables esfuerzos se detecta el más profundo cuestionamiento a la tipificación del delito tal como está vigente.

Porque si no se trata de un ingrediente normativo jurídico, de manera que el referente lo constituya una norma de derecho positivo dictada por el Congreso, cualquier opción jurisprudencial, por muy unificada que esté, por muy objetiva que se pretenda, o por más que se la inscriba en las tendencias del denominado “Nuevo Derecho”, en el fondo implicará siempre una definición ideológico-política que además de arrasar con el principio de tipicidad estricta, es incompatible con la esperada “neutralidad” de la función judicial.

Aquí es preciso detenernos un poco, porque es necesario explicar que no se trata de revivir de-

bates superados; es decir, no se trata de esperar una jurisdicción ascéptica a la subjetividad o a las ideologías.

Se trata simplemente de afirmar que ante la ausencia de tipicidad estricta y de reductibilidad del concepto de grupo político a una definición más o menos universal o mínimamente predecible, cualquiera que se elabore es una definición típicamente subjetiva, que inevitablemente le implica al juez “tomar partido” en debates estrictamente ideológicos.

Y con mayor razón, si uno de los signos actuales es la denominada “crisis de los partidos”, cuando no la “crisis” de las propias ideologías. En cuanto a lo primero, la atomización de los otrora fuertes y organizados partidos y grupos políticos en muchas y pequeñas “empresas electorales”, la trasmutación permanente de miembros de un grupo a otro, la debilidad o contingencia organizacional, la generación de “grupos” locales que pueden ir desde una candidatura al Congreso hasta una aspiración a Junta Administradora, sin más pretensiones que esas, la presencia de grupos armados insurgentes o contrainsurgentes, el ocasional pero frecuente surgimiento de grupos eventualmente coyunturales que se organizan alrededor de finalidades políticas específicas (oponerse pacífica o violentamente a la extradición de nacionales, por ejemplo), en fin, en un tal contexto, cualquier intento por “llenar” el tipo penal es fatal; y necesaria e inevitablemente, se asume una postura exclusivamente ideológico-política con repercusiones que trascienden en mucho todas las opciones permisibles para la jurisdicción en un Estado social de derecho.

4. HOMICIDIO EN PERSONA PROTEGIDA

Se aborda el tipo penal desde la perspectiva inicialmente propuesta, limitada a plasmar algunas reflexiones sobre las relaciones entre los Dere-

cho Interno e Internacional, a propósito del desarrollo de los programas académicos cuando se ocupan de la hipótesis en la que una persona dolosamente ocasiona la muerte de otra y las alternativas de tipificación de esa conducta en el Código Penal vigente, advertencia necesaria porque el tema no se limita al homicidio, sino que se extiende a todos los nuevos delitos contemplados en el Título II del Libro Segundo, bajo el nombre de Delitos contra personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, en el que se agrupa un número aproximado de 30 nuevas figuras típicas, buena parte de ellas “clonadas” en cuanto repiten tipos existentes dentro de las particularidades del nuevo modelo de protección a un bien jurídico que se pretende autónomo.

Desde luego, cada uno de los delitos creados, más allá de sus elementos comunes, ofrece sus propias y muy complejas particularidades, cuyo análisis hasta ahora comienza.

Pero aún limitado el análisis a uno sólo de los tipos penales (el homicidio en persona protegida), son de tal magnitud y profundidad los problemas a los que se enfrenta su interpretación que apenas podemos dejar plasmados de manera introductoria algunos, los más relevantes hasta ahora percibidos.

4.1 El Derecho Internacional Humanitario

De la exposición de motivos que acompañó el proyecto de Código Penal se transcribe a continuación la consideración general hecha por quien lo presentó al Congreso, el Fiscal General, sobre el Derecho Internacional Humanitario, útil para comprender su sentido en el contexto de las criminalizaciones en el derecho interno:

El derecho internacional de los conflictos armados o Derecho Internacional Humanitario

es un conjunto normativo de carácter supraestatal, cuyo objeto y fin es “humanizar” los conflictos armados mediante el establecimiento de reglas para la conducción de las hostilidades y para la protección de las víctimas de la guerra.

Es, ante todo, un catálogo axiológico que incorpora valores humanitarios reconocidos universalmente por la comunidad internacional.

Este ordenamiento está comprendido por los cuatro convenios de Ginebra, del 12 de agosto de 1949: el primero para aliviar la suerte que corren los heridos y los enfermos de las fuerzas armadas en campaña; el segundo para aliviar la suerte que corren los heridos, los enfermos y los náufragos de las fuerzas armadas en el mar; el tercero relativo al trato debido a los prisioneros de guerra y el cuarto relativo a la protección debida a las personas en tiempo de guerra. Convenios que están adicionados por el Protocolo I relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales y el Protocolo II relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados no internacionales.

Estos Protocolos Adicionales de 1977 reafirman los principios y reglas sentados en las Convenciones de La Haya de 1899 y 1907 en lo que respecta a las restricciones impuestas en la conducción de las hostilidades, y los complementan con reglas que denotan preocupaciones contemporáneas como la protección al medio ambiente y que revisan no solamente las Convenciones de Ginebra sino todo el Derecho de La Haya .

Colombia es parte de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, aprobados mediante la Ley 5 de 1960, y vigentes desde el 8 de mayo de 1962. Igualmente Colombia aprobó mediante Ley 11 de 1992 el Protocolo I Adicio-

nal a los Convenios de Ginebra, hizo la adhesión el 1º de septiembre de 1993 y entró en vigor el 1º de marzo de 1994. El protocolo adicional II fue también aprobado mediante Ley 171 de 1994.

Así mismo, Colombia participó en la Segunda Conferencia Interamericana celebrada en México entre 1901 y 1902, en la cual se aprobó la adhesión a las Convenciones de La Haya de 1899. También la Convención de 1972 sobre la prohibición del desarrollo, la producción y el almacenamiento de armas bacteriológicas, biológicas, tóxicas, y sobre su destrucción, fue aprobada mediante la Ley 10 de 1980 y depositada ante el Gobierno de los Estados Unidos el 19 de diciembre de 1983, fecha de entrada en vigor para Colombia.

De la precedente cita se resaltan los elementos centrales para el análisis:

El primero, de carácter descriptivo e histórico, relacionado con los Convenios de Ginebra y sus protocolos adicionales, con la reseña hecha a sus incorporaciones a la legislación interna.

Nótese cómo se trata, para Colombia, de normas jurídicas de Derecho Internacional en su núcleo esencial incorporadas al Derecho Interno con antelación a la Constitución de 1991 y, por supuesto entonces, antes de la expedición del Código de 2000, desde la Ley 60 de 1960, con entrada en vigor en 1962.

Y aun sin necesidad de haber incorporado los protocolos adicionales I y II, desde 1962 para el derecho interno ya estaba en vigor el artículo 3º común a los cuatro Convenios, cuyo texto, en la parte que interesa, es el siguiente:

En caso de conflicto armado que no sea de índole internacional y que surja en el territorio de una de las Altas Partes Contratantes, cada una de las partes en conflicto tendrá la

obligación de aplicar, como mínimo, las siguientes disposiciones:

- 1) *Las personas que no participen directamente en las hostilidades, incluidos los miembros de las fuerzas armadas que hayan depuesto las armas y las personas puestas fuera de combate por enfermedad, herida, detención o por cualquier otra causa, serán, en todas las circunstancias, tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable basada en la raza, el color, la religión o la creencia, el sexo, el nacimiento o la fortuna o cualquier otro criterio análogo.*

A este respecto, se prohíben, en cualquier tiempo y lugar, por lo que atañe a las personas arriba mencionadas:

- a) *los atentados contra la vida y la integridad corporal, especialmente el homicidio en todas sus formas, las mutilaciones, los tratos crueles, la tortura y los suplicios"*
- b)

4.2 Razones de política criminal

Con base en la exposición de motivos que se viene citando, es posible agrupar en tres las razones fundamentales que explican la introducción en el Código Penal del nuevo Título: el cumplimiento de compromisos internacionales, la mayor lesividad y la realidad social.

4.2.1 Cumplimiento de compromisos internacionales. Se expresa en los siguientes términos:

Todas estas adhesiones de Colombia a los instrumentos que regulan los conflictos arma-

dos crean una serie de compromisos internacionales que no podrán satisfacerse adecuadamente sino se opta de manera decidida por la tipificación de conductas que constituyen grave infracciones a esa normatividad.

Y más adelante se agrega:

Las normas del D.I.H., son de aplicación inmediata y directa en la medida que ellas constituyen una reglamentación de los derechos esenciales del ser humano: el derecho a la vida, la prohibición de la tortura, etc., para las circunstancias de guerra o conflicto armado. Su aplicación inmediata y directa constituye una responsabilidad para los funcionarios judiciales y para el legislador en sus ámbitos específicos de competencia.

Ese vacío de reglamentación punitiva de conductas lesivas de derechos humanos fundamentales desplegadas en las circunstancias específicas de un conflicto armado es el que se pretende solucionar con la inclusión en el proyecto de conductas delictivas que, además de ofender esos bienes esencialísimos, entrañan un agravio a las normas del D.I.H.

Sin embargo, en el propio contexto de la argumentación, muy pronto se advierte su aparente incongruencia, porque al tiempo que se reclama la necesidad de reglamentación para solucionar su vacío, la exposición de motivos echa mano de la doctrina de la Corte Constitucional para señalar que:

El artículo 214 de la Constitución Política establece que "En todo caso se respetarán las reglas del Derecho Internacional Humanitario". Expresión que ha sido desarrollada por la jurisprudencia constitucional en el sentido que el respeto por el derecho humanitario es inmediato, permanente y prevalece en el orden interno, en situaciones de normalidad

y en estados de excepción: “ (...) Las reglas del Derecho Internacional Humanitario son hoy -por voluntad expresa del Constituyente- normas obligatorias per se sin ratificación alguna previa o sin expedición de norma reglamentaria. Y lo son “en todo caso” como lo señala significativamente la propia Carta” (Corte Constitucional, Sala Plena, Sentencia 574 de 1994, revisión oficiosa del Protocolo I Adicional a los Cuatro Convenios de 1949).

Resulta evidente entonces que, al menos en cuanto hace a la definición jurisprudencial más autorizada, en general los Convenios de Ginebra sobre Derecho Internacional Humanitario no requerían de reglamentación alguna para entenderlos incorporados, vigentes y obligatorios en el derecho interno, luego no parece sólido fundamentar la creación de delitos precisamente en una inexistente necesidad de reglamentación, que la propia exposición de motivos reconoce.

Desde el punto de vista del reclamado cumplimiento de compromisos internacionales, como si antes de la expedición del Código Penal del 2000 se estuviesen incumpliendo por no haber creado delitos específicos, incumplimiento que se retrotraería hasta 1962, pero que además sería intencional por cuenta de las varias Comisiones redactoras y revisoras del Código Penal de 1980 que se abstuvieron de proponer la criminalización autónoma del homicidio en persona protegida, para citar sólo uno de los delitos, la respuesta está igualmente dada en la propia exposición de motivos.

De esta manera, en la perspectiva jurídica quedó cumplido el compromiso internacional desde 1962, cuando se aprobó en Colombia la Ley aprobatoria de los Convenios y se depositó el instrumento de adhesión a ellos, precisamente porque su vigencia es inmediata, en todo tiempo y sin necesidad de reglamentación alguna, sin re-

querimientos de creación de delitos o asignación de nombres, menos aún para la construcción artificiosa de bienes jurídicos nuevos autónomos.

Pero aun en el contexto de asignación que se suele hacer ahora a la Constitución de 1991 en materia de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, como si antes de ella no existiesen o fuesen menos vinculantes que después de su vigencia y fuese válido decir que la integración del Bloque de Constitucionalidad les otorgó más fuerza, con mayor evidencia se expresa la fragilidad del argumento, porque entonces habría que asumir que, sin necesidad de reglamentación alguna como se desprende de la Constitución, se “reincorporaron” los Convenios de Ginebra al derecho interno por la vía del bloque de constitucionalidad.

4.2.2 Mayor lesividad. Éste es el argumento central en la exposición de motivos utilizado para explicar la necesidad de creación, entre otros delitos, del homicidio en persona protegida por el Derecho Internacional Humanitario, expresado en los siguientes términos.

Estos crímenes de guerra presentan una más intensa y múltiple lesividad frente a otras conductas punibles comunes, dado que con ellas se atenta no solamente contra bienes jurídicos tales como la vida, la integridad corporal de personas protegidas, la dignidad, la libertad individual, el derecho a un debido proceso legal, sino que además ofenden ese interés jurídico autónomo que es el derecho internacional de los conflictos armados.

...

Su mayor grado de lesividad, la calidad de los agentes, las especiales circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se desarrollan plantean la exigencia inaplazable de una regulación y tratamiento especializados.

En la base de esta línea de argumentación subyace todavía la confusión que parece muy difícil de superar entre Derecho de los Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario, aunque se reconoce que sus vulneraciones más importantes lo son simultáneamente a ambos.

Pero viene en seguida una petición de principio, en cuanto no se demuestra, quizá porque no es demostrable, que respecto de los Derechos Humanos y la protección debida por los Estados a la vida exista mayor lesividad cuando un homicidio puede catalogarse a la vez como crimen de guerra, ni se explica cómo, a partir del argumento, se da como presupuesto un interés jurídico penal autónomo diverso, el del derecho internacional de los conflictos armados.

Surge entonces el recurso a la calidad de los sujetos activos y a hipotéticas circunstancias de modo y lugar en que se desarrollan para explicar la urgencia de regulación y tratamiento especializados, la primera acaso atendiendo a que en el proyecto de Código Penal se tenía prevista la de “combatiente” como cualificación del sujeto activo, eliminada en el trámite en el Congreso, mientras que las segundas quedaron apenas en su formulación.

Más allá de lo discutible que pueda ser la creación de un delito autónomo de homicidio por razón de una calidad de sujeto activo, en todo caso se trataría dogmáticamente de una causal de agravación del homicidio doloso simple, al igual que las necesidades de mayor reproche fundadas en circunstancias de modo o lugar, de un lado, y de otro, respecto de estas últimas, su mayor lesividad no guarda relación alguna con que constituya a la vez infracción al Derecho Internacional Humanitario, sino con las circunstancias específicas en que se cometa. Es posible y será frecuente que homicidios tipificados en el nuevo tipo penal, por las circunstancias de modo o lugar en que se cometieran, merezcan

objetivamente menor pena que otros que “apenas” vulneran el derecho a la vida sin ser crímenes de guerra, pero cometidos en circunstancias que impliquen inequívocas exigencias de mayor reproche.

Además, es la propia exposición de motivos la que se encarga de señalar cómo la pretendida mayor lesividad de una conducta se resuelve mejor y adecuadamente a través de causales de agravación, como efectivamente se hizo respecto de fenómeno sustancialmente idéntico al del homicidio en persona protegida y que se expresó así:

Fue incluida como causal de agravación el homicidio cometido contra persona internacionalmente protegida, diferente a las referidas en el Título II de este Libro, reconociéndose de esta forma el compromiso adquirido por Colombia a través de la Convención para Prevenir y Sancionar los Actos de Terrorismo, suscrita en Nueva York el 12 de febrero de 1971 y aprobada a través de la Ley 195 de 1995.

Bastaría con suprimir del contenido normativo de esta cita la expresión “diferente a las referidas en el Título II de este Libro”, y con ello se hubiese ahorrado con suficiencia la creación de un nuevo delito, quizás de todo el título.

4.2.3 Realidad social. Un tercer grupo sería el de las razones de realidad social, que se expresaron en la exposición de motivos en los siguientes términos:

Las razones de conveniencia y necesidad para la creación de estas conductas punitivas emergen en forma ostensible del agudo conflicto bélico que afronta el país.

Refiriéndose a ello, los señores Nigel Rodley y Brace Wally Ndiaye, relatores especiales de

Naciones Unidas –encargados respectivamente del tema de la tortura y del tema de las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias–, en visita realizada al país entre el 17 y el 26 de octubre de 1994, señalaron: “...En las zonas de conflicto armado continúan registrándose violaciones y abusos de los derechos humanos en gran escala por parte de los miembros de las fuerzas de seguridad, de los grupos paramilitares o de “justicia privada” de los que se dice con frecuencia que colaboran con ellas, y de los grupos insurgentes armados” (Naciones Unidas, Informe conjunto sobre visita de relatores especiales encargados de la cuestión de la tortura y de la cuestión de las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias, 16 de enero de 1995, p. 9).

La constatación de la presencia de un agudo conflicto bélico, aunque objetivamente pareciera fuera de discusión, no resuelve en verdad la fundamentación, en cuanto no demuestra la insuficiencia del tradicional delito de homicidio agravado para reprimir en el nivel legal y adecuadamente cualquiera que se cometa fuera o dentro del contexto de agudos enfrentamientos bélicos.

Y la constatación que se atribuye en la exposición de motivos a las Naciones Unidas acerca de la existencia de “ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias” en zonas de conflicto y atribuidas indiscriminadamente a las fuerzas de seguridad del Estado, paramilitares o grupos de justicia privada e insurgencia, señaladas en la cita como graves violaciones a los derechos humanos, ha de interpretarse en el contexto mismo del documento del que se extrae la referencia, abusos de los derechos humanos que deben ser reprimidos en ese ámbito, independientemente de que su comisión esté relacionada con un territorio en el que exista conflicto, sin necesidad de asignarle nuevo nombre a lo que siempre han sido y seguirán siendo homicidios agravados, jamás apenas ejecuciones extrajudiciales,

sumarias o arbitrarias, expresiones que pueden ser acaso útiles en el discurso internacional cuando se quiere señalar a un Estado como ejecutor informal de penas de muerte, pero que no cambian su naturaleza jurídica interna originaria de violación a los derechos humanos bajo el estatuto de homicidios, pero jamás aplicables con seriedad a grupos o agentes no estatales, porque a éstos nunca podrá reconocérseles incursión en “ejecuciones” excedidas de ningún tipo, a menos que implícitamente se estuviese aceptando la opción, así fuese teórica, de que eventualmente pudiesen darse ejecuciones no excedidas porque se las presente bajo apariencias reales o simuladas de juicio (no serían entonces extrajudiciales), o no sumarias y entonces no serían arbitrarias.

4.2.4 Algunas dificultades hermenéuticas. Aunque en principio los problemas de interpretación que ofrece el delito de homicidio en persona protegida son de naturaleza similar a los que se señalaron para el genocidio, y serían además comunes a todos los delitos incluidos en el Título II del Libro Segundo del Código Penal, sin perjuicio de las particularidades que cada uno presenta, cada vez que se intenta el análisis surgen nuevas y cada vez más complejas preguntas, de manera que todavía no es posible siquiera intuir el profuso panorama de retos que progresivamente habrán de enfrentar los operadores judiciales en el intento de aplicación de las nuevas figuras a casos concretos.

Se presentan aquí algunas reflexiones preliminares, limitadas tan solo a uno de los ingredientes del tipo penal, el conflicto armado. Quedan pendientes temas fundamentales, entre ellos, quizás el más problemático, el de la cualificación de los sujetos pasivos cuya lista aparece en ocho numerales del párrafo del artículo 135 del Código Penal.

Inicialmente, porque se incluye un ingrediente esencial: que la conducta se cometa con oca-

sión y en desarrollo de conflicto armado. Expresión que, por supuesto a esta altura, y por muchas razones, no puede circunscribirse al ámbito de conflictos internacionales o entre Estados, ni en principio a declaraciones o actos formales o formalizados, como por ejemplo el reconocimiento de existencia de una guerra civil, y que aun en una tal limitación, de suyo, plantea arduos problemas dogmáticos que comienzan por la necesidad de definir la aplicación del derecho interno o del derecho de gentes; los límites entre uno y otro, dadas sus notorias contradicciones e incompatibilidades a la hora de definir temas como la legítima defensa, las operaciones ofensivas, los medios de guerra lícitos o ilícitos, la definición de objetivos militares válidos, la proporcionalidad; en fin, aspectos cuya definición concreta escapa a los criterios estrictamente dogmático-penales y, por eso, se suelen deferir al Derecho de Guerra o Derecho Internacional Humanitario.

Entonces, si el conflicto armado no puede ser definido en términos de confrontación entre Estados ni con referencia a alguna declaración formal de su existencia, tampoco puede serlo, como es apenas obvio, por el único elemento objetivo constatable, el de la confrontación con armas (¿tendrían que ser de fuego?) porque entonces incluiría a cualquier banda organizada que las utilice para enfrentarse con las autoridades.

Es así indefectible otorgar algún contenido típico a la expresión “conflicto armado”, de un lado, y, de otro, en seguida, a la expresión “con ocasión y en desarrollo”, pero sin las limitaciones impuestas por su carácter internacional o declarado formalmente; es decir, nuevamente, se requiere de una construcción jurisdiccional primero y, luego, su adaptación al caso concreto.

Y otra vez en este plano, cualquier intento, cualquier construcción conceptual, pasa por la defi-

nición ideológica, por la necesidad de reflejar posturas subjetivas, de contenido estrictamente político.

Si por ejemplo, para cualquier efecto el ejecutivo, el Presidente de la República, para legitimar la necesidad de una negociación con algún grupo armado, reconoce explícita o implícitamente que tal grupo sostiene un conflicto armado con el Estado o simplemente establece de hecho negociaciones con sus líderes o dirigentes, ¿diremos para efectos de la interpretación del tipo penal que allí hay un conflicto armado?

Pero si la orientación cambia y el Presidente de la República asegura que en Colombia realmente no existe un conflicto armado sino unas bandas de delincuentes terroristas, ¿entonces para efectos de la interpretación del tipo penal ya no existe conflicto armado y todas las muertes que con ocasión y en desarrollo de su actividad delictiva realicen serán homicidios “comunes”?

Se diría en seguida, y con razón, que el contenido de los tipos penales no puede depender de tan efímeras e interesadas posturas, y menos si provienen del ejecutivo, además sin contenido normativo vinculante.

Y como tampoco parecería lógico esperar, para poder aplicar el tipo penal que el Congreso de la República defina, por vía de ley, el contenido de la expresión, para que se la tuviera como ingrediente jurídico extrapenal a la manera de los tipos en blanco, resulta inevitable deferir la creación al poder jurisdiccional.

Pero entonces, ¿no estará la jurisdicción en realidad definiendo una expresión típica, sino creando el conflicto mismo, a través de la jurisprudencia?

Sin duda, los únicos datos objetivos indiscutibles son los de la utilización de armas y la existencia de un grupo que las utiliza. A partir de esos da-

tos, cualquier construcción adicional, por “objetiva” que se quisiera, pasa por la definición ideológica a partir incluso de lo que se defina como requerimiento para que se diga que existe un grupo, del que en seguida habrá de asignársele el atributo de estar en conflicto armado.

Pero como grupo puede ser considerada cualquier pluralidad de personas, y ello es insuficiente, entonces habrá de exigirse también, cuando menos, alguna permanencia en el tiempo y para ello no parece haber mayor dificultad si se recurre al auxilio de la profusa doctrina y jurisprudencia desarrolladas alrededor de los delitos de rebelión y concierto para delinquir.

De aquí en adelante cualquier requerimiento adicional, a pesar de que se intente su reducción a datos objetivos, pasa fatalmente por la subjetividad política de quien interprete.

5. POLITIZACIÓN DE LA JUSTICIA

Se trata de tipos penales que han creado unos muy significativos y arduos problemas hermenéuticos, pero que más allá de esos problemas están permeando sutil pero seguramente a la jurisdicción de la necesidad de “politizarse”, cada vez que se vea en la necesidad de establecer si una muerte responde a la intención del autor de exterminar a un grupo político, o si un homicidio se cometió con ocasión y en desarrollo de conflicto armado primero, y luego si el concreto sujeto pasivo tenía alguna de las calidades de sujeto pasivo calificado. Conceptos como “grupo político”, “conflicto armado”, “población civil”, “personas que no participan en hostilidades”, están cargados inevitablemente de ideología, de parcialidad política, en cualquier sentido.

Es decir, toda tipificación objetiva estará necesaria e inevitablemente permeada por juicios político-ideológicos, cualquiera que sea su sentido.

6. ¿HACIA UN DERECHO PENAL SIMBÓLICO?

A partir de unas pocas reflexiones sobre apenas dos delitos, y si ellas alcanzan algún nivel de persuasión, quedan entonces en discusión las razones de política criminal en las que, en los niveles discursivos, se fundamentó su creación por el legislador de 2000, al menos en cuanto a su insuficiencia en relación con su necesidad, si de otro lado se logra sostener, como se ha pretendido en este escrito, la total suficiencia en el plano legal de la tipificación precedente y única en el delito de homicidio agravado, con represión adecuada, proporcional y respetuosa de todos los compromisos asumidos por Colombia en convenios internacionales de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario.

Es decir, en principio puede afirmarse, con validez, que la creación de estos dos nuevos delitos, pero extensible a muchos más, no era necesaria ni constituye aporte real alguno a la protección debida a los Derechos Humanos.

Por otra parte, trascendida la tipificación del homicidio agravado, cada vez que se piensa en la aplicación de los nuevos tipos penales no se advierten más que problemas y dificultades de muy difícil solución que habrán de ser resueltos, primero, en casos concretos por los jueces, con todos los riesgos que ello implica y, finalmente, a través de los mecanismos de unificación jurisprudencial (casación y tutela), sin ninguna adición relevante en la real protección de los Derechos Humanos, pero sí con la inevitable politización de los juicios.

Queda latente la sensación de que se trata entonces y solamente de nombres asignados, de símbolos, como si éstos fuesen los realmente importantes o al menos más que la real protección de derechos.

Es lo que refleja la reciente legislación comparada con la precedente, cuando se advierte que de una única tipificación objetiva en el delito de homicidio agravado que abarcaba todas las posibles hipótesis, sancionada con la pena límite más alta de todo el ordenamiento jurídico, se pasó a tres opciones con pena límite igual a la del homicidio agravado, pero diferenciadas en últimas y solamente por el nombre, por su contenido simbólico, donde lo importante es la sonoridad de la denominación “genocidio” de lo que siem-

pre fue un concurso de homicidios agravados, donde lo que pesa es la connotación nominal del “homicidio en persona protegida”, asignada a lo que es y debió seguir siendo siempre en realidad un homicidio agravado.

Si el símbolo tiene algún valor real verificable, así sea en el ámbito de la prevención general, este escrito pierde sentido. Pero si no es así, estaríamos frente a una gran innovación, el Derecho Penal Simbólico.